

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Nota bibliografica

LA “PARTE GENERALE DEL DIRITTO CANONICO” E LE “NORME GENERALI” DEL CODICE DI DIRITTO CANONICO. A PROPOSITO DEL TRATTATO DI PARTE GENERALE DI JAVIER OTADUY

EDUARDO BAURA

SOMMARIO: 1. I trattati sulla parte generale del Codice di diritto canonico. – 2. Il trattato di Javier Otaduy. – 3. La questione sul metodo della scienza canonica e la Parte generale del diritto canonico. – 4. La dipendenza della Parte generale dalla concezione del diritto. – 5. L’influsso del Libro I del Codice sulla canonistica.

1. **D**OPO la promulgazione del Codice piano-benedettino si succedettero delle pubblicazioni canonistiche, per lo più allo scopo didattico di spiegare il nuovo corpo legislativo. Apparvero quindi dei manuali e dei trattati sulle diverse parti del Codice, tra cui, ovviamente, il primo Libro dedicato alle norme generali. Riguardanti questa materia sono famosi i trattati di Van Hove, Michiels, l’aggiornamento e adattamento al Codice del trattato di Wernz ad opera di Vidal, ed alcuni altri. Le menzionate opere, pur avendo come finalità primaria quella di esporre il contenuto del Codice secondo il metodo esegetico imposto dalla Santa Sede per l’insegnamento del diritto canonico presso le istituzioni accademiche ecclesiastiche, possiedono il pregio di confrontarsi frequentemente con il diritto civile e di contare solitamente su una solida base storica che gli consente di riallacciarsi alla tradizione canonica.

ebaura@pusc.it, Professore ordinario, Facoltà di diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce, Roma, Italia.

Il fenomeno non si è ripetuto dopo la promulgazione del Codice del 1983. Infatti, le circostanze erano assai mutate e il diritto nella Chiesa attraversava una forte crisi, le cui conseguenze si notano tutt'oggi; basterebbe pensare al primo dei dieci principi della "riforma" del Codice approvati dal primo Sinodo dei Vescovi, del 1967, quello, cioè, che afferma l'indole giuridica del Codice, che, per converso, mette in luce quale fosse la mentalità dilagante nella Chiesa in quegli anni nei confronti del diritto canonico. Non desta meraviglia, perciò, che parte dei lavori dottrinali si concentrasse sul fondamento del diritto canonico, al punto di dare avvio ad una nuova disciplina chiamata "teologia del diritto canonico" e di creare una teoria fondamentale del diritto canonico.

Non sono mancati, ovviamente, gli sforzi per studiare i problemi di diritto positivo posti dal Codice postconciliare, soprattutto, per approfondire i punti di novità presentati dalla nuova legislazione. Gran parte della dottrina canonistica si è focalizzata su questioni di diritto matrimoniale, vuoi per le novità codiciali (si pensi, ad esempio, al can. 1095, o al dolo come nuovo *caput nullitatis*), vuoi, soprattutto, per le concrete esigenze della vita ecclesiale. Da notare che più recentemente l'attenzione si è spostata, per le stesse ragioni (cambi legislativi e necessità della vita ecclesiale) verso il diritto penale e il diritto processuale penale.

Comunque sia, sta di fatto che la Parte generale del diritto canonico non è stata oggetto di speciale attenzione da parte della canonistica immediatamente successiva alla promulgazione del nuovo Codice, fra l'altro perché i primi canoni del Codice promulgato nel 1983 non presentano novità sconvolgenti (almeno apparentemente) rispetto a quelli del primo Codice canonico. Eppure, problematiche puntuali da esaminare non mancano, come neanche la convenienza di un ripensamento delle questioni che stanno alla base del diritto nella Chiesa. È pertanto da salutare con compiacimento la apparizione del trattato di Parte generale pubblicato recentemente da Javier Otaduy.¹

2. Javier Otaduy è da poco professore emerito dell'Università di Navarra (Spagna), dove ha insegnato per trentasei anni la materia denominata "Parte generale del diritto canonico e diritto della persona". Dopo tanti anni di pubblicazioni su queste materie e, in modo speciale dopo il manuale o, se si preferisce, dopo le lezioni di Parte generale,² nonché successivamente al volume contenente una serie di lavori sul tema,³ ora vede la luce un vero

¹ J. OTADUY, *Parte general del Derecho canónico. Normas, actos, personas*, Pamplona, EUNSA, 2022, pp. 742.

² Cfr. IDEM, *Lezioni di diritto canonico: parte generale*, traduzione e edizione italiana a cura di G. Comotti, Venezia, Marcianum Press, 2011.

³ Cfr. IDEM, *Fuentes, interpretación, personas: estudios de derecho canónico*, Pamplona, Navarra gráfica, 2002.

trattato sistematico della materia alla quale l'autore ha dedicato il suo impegno professionale di una vita. Tenendo conto della scarsità di questo genere di lavori, specie nell'ambito trattato da Otaduy, non è per niente meramente retorico affermare che si tratti di un libro di speciale importanza e di indispensabile consultazione. Per di più, proprio perché si occupa della Parte generale del diritto canonico, relativa ai concetti che stanno alla base di ogni rapporto giuridico, il libro risulta imprescindibile per qualsiasi cultore del diritto canonico.

Peraltro l'opera commentata, oltre ad essere il frutto maturo di un professore di lunga e proficua esperienza, gode di taluni pregi degni di nota. Oltre alla bella prosa utilizzata dall'autore, specie nell'Introduzione del libro, è da segnalare come nella trattazione degli argomenti si dialoghi con la dottrina, in modo tale che si offre una utile panoramica bibliografica sui temi studiati, come si conviene appunto ad un trattato, per quanto non sia sempre esauriente in tutti gli argomenti esaminati. In particolare l'autore dimostra una notevole padronanza della manualistica posteriore al Codice del 1917, la quale in queste materie risulta di speciale interesse. È comunque da sottolineare come non manchino in argomenti di particolare spessore, alcuni *excursus* storici che illuminano le questioni trattate, come nel caso della promulgazione della legge, la *receptio legis* oppure della consuetudine. Inoltre, in alcuni punti l'autore prende in considerazione la dottrina civilistica (soprattutto, ma non solo, quella spagnola) su certi argomenti giuridici di interesse generale (sotto questo profilo è, per esempio, notevole la trattazione del tema della causa dell'atto giuridico). Su altre questioni ci sono dei riferimenti più o meno consistenti alle posizioni iusfilosofiche, come si può constatare specialmente a proposito del tema dell'interpretazione della legge, in cui dedica diverse pagine (dalla 206 alla 214) a parlare del ruolo della ermeneutica e della topica nel ragionamento giuridico.

Ritengo che il ricorso a queste scienze vicine (la storia e la filosofia del diritto, nonché la scienza giuridica civilistica) sia imprescindibile per qualsiasi trattazione solida dei temi canonistici. È comprensibile che la dottrina immediatamente successiva alla promulgazione del Codice si sia concentrata maggiormente sulle novità introdotte dal corpo legislativo, sul suo raffronto con la dottrina conciliare, di cui il Codice pretende di essere la traduzione canonica, ma una dottrina ignara delle basi storiche e filosofiche delle questioni studiate rischia non solo di cadere in un appiattimento della scienza canonica, ma soprattutto di non far tesoro delle soluzioni offerte lungo i secoli ai problemi giuridici (ad esempio, tale carenza si può verificare facilmente, a mio avviso, nell'ambito penale) oppure di cadere inconsapevolmente in schemi di pensiero che, se ben focalizzati, sarebbero energicamente rifiutati, come può avvenire allorquando si assumono acriticamente certe categorie concettuali che muovono da presupposti ideologici ben precisi (come è il

caso, per esempio, della nozione di diritto soggettivo oppure di alcune idee sull'interpretazione della legge).

Nella preoccupazione dell'autore per le basi storiche e filosofiche si può scorgere una caratteristica della scuola di provenienza. Infatti, Javier Otaduy, fin dalle prime battute, dichiara di essere discepolo di Pedro Lombardía, il quale si contraddistingue tra l'altro per la sua attenzione alla storia⁴ e il suo dialogo con la scienza civilistica a lui contemporanea.

3. L'influsso del suo maestro si manifesta pure nel problema del metodo, il quale delinea la cosiddetta "Parte generale" del diritto canonico, e che Javier Otaduy pone subito come questione preliminare del suo trattato. La sola denominazione ("Parte generale" anziché "Norme generali") fa subito pensare che non si segua il metodo esegetico, ma quello sistematico. Afferma Otaduy che esegesi e sistema non sono incompatibili, e loda esplicitamente quei grandi manuali posteriori al Codice del 1917 che si muovono nell'ambito del metodo esegetico, seppur vadano ben oltre una mera esegesi. Tuttavia il nostro autore dichiara di voler seguire Lombardía, sebbene, anziché trattarsi esplicitamente nel giustificare la scelta metodologica, si dilunghi nella descrizione del contenuto della materia in seguito al metodo prescelto.⁵

Otaduy spiega come sia nata la parte generale nella civilistica ad opera principalmente della pandettistica tedesca. Nelle diverse branche della scienza giuridica si parla pure di una parte generale (del diritto penale, del diritto processuale, del diritto amministrativo, e via dicendo), ma tanto Lombardía quanto Otaduy si sono ispirati alla parte generale costruita dai privatisti spagnoli, il che giustifica l'aggiunta "Diritto della persona" posta alla materia in questione, sebbene si tratti pur sempre della parte generale del diritto della persona, ovvero, come afferma Otaduy, dello studio della soggettività nel diritto canonico. Per quanto questa aggiunta sia frutto del fatto storico riferito e della scelta del piano di studi ideato da Lombardía, essa risulta discutibile. Infatti, se da una parte si può affermare che non si comprenderebbe interamente il fenomeno giuridico senza una riflessione sul soggetto del diritto, dall'altra ci si potrebbe chiedere perché si debba trattare nella Parte generale del diritto canonico di questa e non delle parti generali delle altre branche.

⁴ Basterebbe pensare alle pagine da lui scritte in J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios: hacia un sistema de derecho canónico*, 1, Introducción, Pamplona, EUNSA, 1970, pp. 59-144, editate nuovamente in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, 1, a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, Pamplona, EUNSA, 2002³, pp. 91-155. Per uno studio del pensiero di Lombardía, cfr. V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Libertad y derecho constitucional en Pedro Lombardía*, Pamplona, EUNSA, 1998.

⁵ Quanto riferito non significa assolutamente un disprezzo per l'esegesi del testo normativo. Non a caso Javier Otaduy è l'autore del commento (esegetico) dei primi canoni del Codice del *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, cit.

Comunque sia, Javier Otaduy costruisce la Parte generale del diritto canonico integrando anche la materia relativa al diritto della persona e avvertendo che si discosta dal contenuto del primo Libro del Codice, specie nel caso del vigente corpo legislativo, il quale comprende nelle Norme generali materie che possono essere studiate in altre branche, come, per esempio, i canoni relativi agli atti amministrativi.

In realtà per capire cosa sia la "Parte generale", diversa dal commento alle Norme generali del Codice, è necessario analizzare il suo contenuto. L'autore divide il suo trattato di Parte generale e diritto della persona nei seguenti capitoli: ordinamento giuridico, norma giuridica, nozione di legge canonica, soggetto e oggetto della legge canonica (determinazione del legislatore, del destinatario della legge, analisi dell'oggetto della legge, vale a dire nell'ambito spirituale, liturgico e le remissioni alla legislazione civile e concordataria), genesi e cessazione della legge canonica, effetti della legge canonica (irritanti e inabilitanti, retroattivi, territoriali e personali), interpretazione della legge (e il problema del dubbio), supplenza della legge canonica, la consuetudine canonica, l'atto giuridico canonico, l'efficacia dell'atto giuridico canonico (nullità, annullabilità, sanazione), la soggettività nell'ordinamento canonico, la condizione canonica di fedele, fondamenti della personalità giuridica, tipologia della persona giuridica e, infine, regime e attività della persona giuridica.

Come si può vedere dal contenuto, la Parte generale studia le questioni che stanno alla base del fenomeno giuridico nella Chiesa. Certamente gran parte della materia è dedicata allo studio delle fonti normative (la legge, la consuetudine), ma ci sono anche altri argomenti di grande spessore come l'atto giuridico e, nel modo di presentare la materia da parte di Otaduy, anche quelli relativi al soggetto del diritto. In sintesi, la Parte generale studia non solo questioni basilari, come possano essere, per esempio, la promulgazione della legge o la sua efficacia rispetto agli atti giuridici, ma soprattutto mette a fuoco le nozioni principali che formano il bagaglio concettuale fondamentale della scienza giuridica.

Pur essendo un trattato anziché un manuale destinato agli studenti, l'autore, da professore provetto, non può tralasciare il problema della posizione di questa materia all'interno del piano di studi della Licenza in diritto canonico, vale a dire la questione se la Parte generale vada insegnata all'inizio, come introduzione, o piuttosto alla fine, come riflessione conclusiva. Egli constata la sua esperienza più che trentennale, e cioè la difficoltà degli studenti per apprendere queste nozioni astratte che non corrispondono a nessuna loro conoscenza previa.

Alla evidente difficoltà didattica, io aggiungerei che l'idea stessa di considerare la Parte generale come propedeutica corrisponde ad uno schema di pensiero di tipo razionalistico secondo cui l'insegnamento del diritto consisterebbe nel trasmettere concetti aprioristici, pur slegati dalla conoscenza

della concreta realtà, con l'idea di fornire allo studente un apparato concettuale strumentale e una serie di qualificazioni giuridiche da applicare alle questioni specifiche che possano poi presentarsi. Tale modo di ragionare combacia perfettamente con il normativismo, secondo cui la giuridicità risiederebbe nella sola norma e, di conseguenza, il modo di risolvere le questioni giuridiche è quello di "applicare" la norma generale al caso singolo, facendo cioè il ragionamento deduttivo di passare dalla regola astratta alla realtà concreta; l'insegnamento del diritto consisterà, dunque, nel fornire allo studente le categorie astratte provenienti dalla norma o dalla cosiddetta dogmatica giuridica (nata non a caso in un contesto normativistico), affinché le applichi nella prassi giuridica. Tanto il metodo esegetico, che segue l'ordine del Codice, quanto la concezione normativista del diritto portano a desiderare che la Parte generale si trovi all'inizio degli studi, per poter trasmettere una serie di nozioni utili che lo studente dovrà applicare acriticamente. Con ciò si realizza un'imposizione dogmatica anziché una "educazione" giuridica.

Viceversa un approccio realistico al fenomeno giuridico fa vedere la giuridicità nella stessa realtà concreta dei rapporti interpersonali ed è, quindi, più attento alla conoscenza prudenziale (*iuris prudentia*) del diritto e al ragionamento induttivo: *non ius ex regula, sed regula ex iure*.⁶ Infatti, il metodo di insegnamento del diritto, come del resto il metodo di studio, dipende dalla concezione del diritto: per chi concepisce la scienza giuridica come la *iusti atque iniusti scientia*,⁷ la educazione (da *e-ducare*, *e-ducere*) giuridica consisterà nell'aiutare il giurista, o l'aspirante a tale, a trarre le conclusioni, a creare le nozioni astratte dopo che egli ha dovuto districarsi nella soluzione giusta dei problemi concreti. Per esempio, dopo che ha dovuto affrontare i problemi interpretativi di leggi riguardanti i diversi campi della vita giuridica (matrimoniale, processuale, penale o altro), lo studente sarà in grado di riflettere su che cosa sia l'interpretazione della legge, oppure, dopo aver studiato i vizi del consenso matrimoniale o dell'atto amministrativo, potrà riflettere sugli elementi essenziale di ogni atto giuridico. Da questa prospettiva i concetti non sono mai strumenti, bensì idee che possono, sì, aiutare a far progredire la scienza, sistematizzando la conoscenza e aggruppando le cause dei fenomeni, ma in ogni caso i concetti saranno pur sempre frutto dell'astrazione della conoscenza della realtà concreta anziché dogmi da recepire acriticamente per poi applicarli alle questioni specifiche.

4. Se l'esposizione di qualsiasi branca del diritto dipende dalla concezione che si abbia del diritto stesso, ciò risulta ancora più evidente nella Parte ge-

⁶ «Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat» (*Dig.* 50.17.1 [PAULO]).

⁷ *Dig.* 1.1.10 [ULPIANO].

nerale. Come già rilevato, Javier Otaduy è discepolo di Lombardía, il quale, negli anni sessanta e settanta dello scorso secolo, facendo tesoro della prima fase della produzione scientifica di Javier Hervada, sviluppò una teoria generale del diritto canonico centrata sull'idea dell'ordinamento canonico. Lombardía era stato a sua volta discepolo di Vincenzo Del Giudice ed era un buon conoscitore della canonistica delle università civili italiane volta ad applicare al diritto canonico il concetto di ordinamento giuridico.⁸ Con l'aiuto di Hervada, Lombardía cercò di riprendere il discorso dell'ordinamento canonico con l'intento di depurarlo dal positivismo giuridico che talvolta risultava percettibile in talune posizioni degli autori di riferimento, non da ultimo dello stesso Del Giudice, per il quale il diritto divino sarebbe soltanto operativo giuridicamente allorquando esso venisse “canonizzato”, mutuato cioè dal legislatore ecclesiastico, senonché, così facendo, il maestro italiano negava in realtà la giuridicità del diritto divino, il che equivale a negare in realtà la sua esistenza (“giuridica”).⁹

Per offrire una nuova visione dell'ordinamento giuridico della Chiesa Hervada e Lombardía, e poi Javier Otaduy, descrivono la realtà giuridica (o, in parole di Otaduy, la “struttura dell'ordinamento giuridico”) come l'insieme di relazioni giuridiche, in modo tale che, esaminandola in modo statico, vengono individuati ciò che chiamano gli “elementi del diritto” ovvero gli elementi della relazione giuridica: soggetto, vincolo, oggetto; mentre l'osservazione dinamica del diritto porta a scoprire i cosiddetti “momenti” del diritto, cioè quei fattori capaci di modificare la realtà giuridica, vale a dire quello normativo, giudiziale, esecutivo e negoziale.

L'impostazione di Otaduy è ben lontana dal positivismo giuridico, come si può vedere nella sua concezione del diritto divino, il quale, egli dirà, non si presenta “en un estado abstracto o de incontaminada pureza, porque está culturalmente mediado y encarnado en la historia” (p. 89).¹⁰ Ciò nondimeno, si può osservare, a mio avviso, un formalismo in questo modo di approcciarsi alla realtà giuridica, che può agevolare l'intromissione di un certo normativismo al momento di spiegare la giuridicità. Infatti, oltre a conce-

⁸ Si può vedere l'esposizione del suo pensiero al riguardo nel Capitolo III del suo ultimo libro: P. LOMBARDÍA, *Lecciones de derecho canónico: introducción, derecho constitucional, parte general*, Madrid, Tecnos, 1984, di cui esiste anche un'edizione italiana curata da Gaetano Lo Castro: *Lezioni di diritto canonico: introduzione – diritto costituzionale – parte generale*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁹ Cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, ed. curata da G. Lo Castro, Milano, Giuffrè, 1970¹², pp. 23-25 (da notare che esiste un'edizione spagnola di quest'opera curata non a caso da Pedro Lombardía: *Nociones de Derecho Canónico*, traducción y notas de P. Lombardía, Pamplona, Gómez, 1955).

¹⁰ E come si può apprezzare nella sua lucida critica a talune posizioni canonistiche nel suo interessante articolo *Positivismos ingenuos. A propósito del Discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21.1.2012), «Ius Canonicum» 54 (2014), pp. 23-44.

dere esplicitamente un maggiore rilievo al momento normativo, talvolta si fa dipendere la efficacia giuridica dal riconoscimento legale, come avviene nella definizione dell'atto giuridico (p. 384), oppure sembra che la giuridicità stia nella sanzione giuridica (p. 66), anziché nel dovuto in giustizia in sé. Del resto, a me sembra che il solo fatto di partire dall'idea di "ordinamento" giuridico per spiegare la realtà giuridica porti ineludibilmente ad identificare il diritto con l'ordine normativo, cioè, con la legge.

Si comprende meglio la visione di Otaduy sul diritto a partire dalla sua insistenza sull'idea, anche questa ereditata dal suo maestro, che la giuridicità non si trovi nelle cose bensì nelle condotte: «Las cosas como tales non son objetos de derecho. Lo que puede ser exigido y prestado son los actos humanos, el comportamiento obligacional» (p. 405). La *res*, una determinata realtà, sarebbe soltanto un presupposto del diritto.

In questo punto si può vedere quanto sia decisivo il cambiamento operato da Hervada allorché, a partire dal 1980, cominciò a concepire il diritto al modo tomista, e cioè come la *ipsa res iusta*: sarebbe la stessa cosa, la realtà determinata, in quanto dovuta perché appartenente ad una persona, ciò che costituirebbe il diritto, l'oggetto della virtù della giustizia.¹¹ La condotta umana, quindi, sarà giusta o ingiusta; il diritto sarebbe ciò che è stato dato o negato. Questa concezione, proprio perché realista (che vede il diritto nella *res*) e oggettiva (oggetto della condotta giusta), costituisce indubbiamente una spiegazione del fenomeno giuridico libera da preconcetti soggettivi più o meno ideologici. Tale visione della realtà giuridica è ricca di conseguenze, tra cui il superamento dell'identificazione del diritto con il solo diritto soggettivo, ovvero, con il potere soggettivo su una cosa, il che, oltre a non confondere il diritto con il potere, rifiuta la visione soggettivistica e volontaristica del diritto a favore di una concezione oggettiva; in questo preciso punto, Javier Otaduy, pur conoscendo la problematica (pp. 45 a 49), sembrerebbe optare per la preminenza del diritto soggettivo come posizione giuridica "attiva" o positiva dei soggetti.¹²

5. È già stato rilevato che il trattato di Javier Otaduy non segue il metodo esegetico, come si manifesta tra l'altro nella selezione delle materie studiate. Eppure ci si potrebbe chiedere fino a che punto le disposizioni codiciali non abbiano influito sul pensiero dell'autore o quantomeno sul modo di avvicinarsi allo studio di taluni argomenti.

L'autore, giustamente, nutre un grande rispetto per il legislatore eccle-

¹¹ Cfr. M. DEL POZZO, *La comprensione del realismo giuridico nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, «Ius Ecclesiae» 17 (2005), pp. 611-628, specie 613.

¹² Sul problema del diritto soggettivo in relazione con la concezione stessa del diritto, cfr. T. SOL, *Droit subjectif ou droit objectif? la notion de ius en droit sacramentaire au XII^e siècle*, *Brepolis*, Turnhout, 2017, specie pp. 17-21 e 288-294.

siastico, come manifesta non solo nelle forme di espressione, ma anche nel tentativo di mantenersi fedele al dettato normativo e al cercare sempre la spiegazione che giustifichi le scelte legislative. Forse un esempio di ciò, in cui peraltro si discosta da Lombardía, è il commento al can. 96, ove tratta di mantenere il concetto giuridico di persona delineato da questo canone. Ma, al di là delle spiegazioni su punti specifici, la questione è se, e quanto, la redazione codiciale abbia influito sul suo pensiero canonistico.

Certamente il fatto di non seguire il metodo esegetico evita di prestare il fianco ad un’assunzione acritica della concezione giuridica del codificatore, tuttavia è indubbio l’influsso reciproco che esiste sempre tra la dottrina e il legislatore: questo ultimo non può non adoperare le categorie concettuali costruite dalla dottrina né prescindere dagli assunti condivisi dagli autori; a sua volta, la dottrina non può non tenere presente gli orientamenti normativi e le concrete disposizioni legali anche nella sua riflessione scientifica. In questo senso, ritengo che occorrerebbe riflettere sull’influsso che i primi canoni del Codice abbiano potuto avere sulla canonistica.

È diventata ormai celebre la espressione di Carlo Fantappiè, secondo cui la codificazione canonica ha segnato un “cambiamento di paradigma”.¹³ Infatti, il passaggio da un sistema di stampo piuttosto giurisprudenziale, come quello delle decretali, ad uno codiciale, in cui la norma è già astrattamente racchiusa in un conciso testo comporta, non solo un cambio di paradigma, ma io direi un cambiamento nel modo di ragionare. Mentre nel primo sistema primeggia il ragionamento analogico prudenziale (consistente nel risolvere il caso singolo comparandolo con altri simili), nel secondo viene chiamato in causa il ragionamento deduttivo che consente di applicare la regola astratta al caso concreto. Ad ogni modo, oltre alla rilevanza del fatto stesso della codificazione, ciò che ora mi preme evidenziare è l’influsso dell’impianto delineato dai primi canoni sulla dottrina canonistica circa la portata giuridica delle fonti normative.

Al di là del contenuto specifico dei canoni che vanno dal 7 al 28 (mutuato nella maggior parte dal trattato sulle leggi di Suárez), il messaggio del codificatore attraverso queste disposizioni preliminari è quello di far prevalere la concezione legalistica del diritto. Infatti, questi canoni non si limitano a segnalare quali siano le fonti normative (in realtà, più utili a questi effetti sono i canoni dal 29 al 34, che permettono di distinguere la legge dai diversi tipi di norma amministrativa), ma pretendono, in linea con gli ideali codificatori, di prevedere tutti gli effetti giuridici della vita sociale e far dipendere la determinazione giuridica di tutti gli eventi dalla previsione normativa. In questo modo, il principio giuridico dell’irretroattività della legge sarebbe

¹³ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, Bologna, Edizioni Dehoniane Bologna, 2019.

efficace in quanto previsto dal can. 9, il quale però rimanda ad eventuali disposizioni legislative retroattive che, se esistessero, porrebbero il problema della loro razionalità; si prevede che un atto sarà valido o nullo a seconda della previsione legale (can. 10); si predetermina legalmente quali siano gli effetti giuridici di eventuali casi di ignoranza, errore e perfino di dubbio, laddove la soluzione in questi frangenti dipende piuttosto dalla buona arte giuridica prudenziale (cann. 14 e 15); l'interpretazione "autentica" è solo quella fatta dall'autorità (can. 16) e per il resto si stabiliscono per legge le regole che devono seguirsi nell'interpretazione della legge, dando peraltro prevalenza assoluta al criterio letterale, onde evitare il soggettivismo dell'interprete, dimenticando però che anche i cann. 17 e 18 sono leggi da interpretare e, soprattutto, non tenendo a mente che l'oggettività sta nella realtà, anziché in un testo soggetto, appunto, a tante "interpretazioni"; e, infine, in caso di lacuna legale è la stessa legge quella che determina come dirimere la questione giuridica (il Codice piano-benedettino diceva addirittura come "assumere la norma" da applicare), che dovrà portarsi a termine ricorrendo alle fonti suppletive che hanno questo valore in forza del can. 19.

A parte il fatto che possano essere criticate le formulazioni concrete di alcune di queste disposizioni (come fa peraltro Otaduy, per esempio, nel caso del can. 14 a proposito della non urgenza delle leggi in caso di dubbio di diritto, pp. 224-227), il problema è che questi canoni invitano a seguire il loro stesso sottostante schema di pensiero, fomentando quindi una dottrina legalistica, secondo cui la determinazione degli effetti giuridici degli atti e delle situazioni dipenderà esclusivamente o quasi dalla previsione legale al riguardo.

Un tema paradigmatico di quanto ora affermato è quello della consuetudine. Proprio in questa materia Otaduy è in grado di fare sfoggio della sua conoscenza della tradizione canonica e della dottrina recente, dimostrandosi peraltro un grande difensore di questa fonte normativa, eppure anche lui sembra troppo condizionato dall'impostazione codiciale, cercando di trovare la valenza delle consuetudini aventi tutti i requisiti codiciali. Per quanto si difenda la sufficienza della cosiddetta approvazione legale della consuetudine, rimane pur sempre l'assunto che la consuetudine avrebbe efficacia normativa in forza dell'operato del legislatore, negando in pratica il valore cogente al fatto consuetudinario, il quale verrebbe relegato alla sola *consuetudo facti*.¹⁴

¹⁴ Recentemente è stato fatto notare con forza questo problema e come occorra, superando il testo del Codice, riconoscere il valore normativo naturale della consuetudine. Cfr. J. CASTRO TRAPOTE, *Fundamento de la costumbre en el derecho canónico y reforma de su régimen jurídico*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 58 (2022) (Iustel).

Ritengo, infatti, che il *punctum dolens* della codificazione canonica, come di fatto è stata portata a termine, si trovi proprio in questi canoni che definiscono il sistema normativo e che portano la dottrina a cadere in una concezione legalista della realtà giuridica. Comprendo la convenienza avvertita fin dalle prime battute dei lavori codiciali di premettere un libro dedicato a norme generali, ma, a ben guardare, si sarebbe potuto fare a meno dei canoni dal 7 al 29, eccezion fatta semmai per quelli che determinano la portata dell'efficacia delle leggi particolari e del can. 8, in quanto appare necessario determinare *a priori* quale sarà il modo di promulgare le leggi, sennonché, ahimè, è proprio il canone che è entrato in desuetudine, con non poco nocumento per la sicurezza giuridica dei fedeli.

In ogni caso, proprio perché esistono queste disposizioni preliminari del Codice, serve costruire una Parte generale del diritto canonico indipendente dalla sola esegesi del Libro codiciale dedicato alle norme generali. In questo senso, al di là delle differenze di vedute in taluni temi emerse in queste pagine, non si può non salutare con compiacimento l'apparizione di questo voluminoso trattato, il quale gioverà sicuramente al progresso della canonistica in questi temi trasversali, comuni a tutte le branche della scienza dedicata allo studio del diritto nella Chiesa.